



# 独文論説 Die Meinungs- und Kunstfreiheit und der Strafschutz der Staatssymbole: eine rechtsvergleichende Analyse von Deutschland und den USA

著者（英）	Toru MORI
journal or publication title	The Tsukuba University Journal of Law and Politics
volume	24
page range	492-450
year	1998-03
その他のタイトル	<Article> Die Meinungs-und Kunstfreiheit und der Strafschutz der Staatssymbole
URL	<a href="http://hdl.handle.net/2241/00155919">http://hdl.handle.net/2241/00155919</a>

# Die Meinungs- und Kunstfreiheit und der Strafschutz der Staatssymbole

—eine rechtsvergleichende Analyse von Deutschland und den USA

Toru Mori

## Einleitung

Der Staat ist eine Gemeinschaft, und der moderne Verfassungsstaat ist eine auf bestimmten Werten beruhende Gemeinschaft. Er lebt insoweit, als seine Mitglieder, das Volk, sich in ihn integrieren. Deshalb wünscht er die Integration des Volkes zu fördern. Die Staatssymbole, z.B. Flagge und Hymne, sind die angemessenen Mittel dafür, weil sie die Werte des Staates versinnbildlichen und an die Empfindungen der Bürger stark appellieren. Aber wenn der Staat darüber hinaus den Bürgern die Verunglimpfung seiner Symbole strafrechtlich verbietet, entsteht eine verfassungsrechtliche Aporie, weil ein solches Verbot mit der Freiheit der politischen Kommunikation unvereinbar scheint. Die Staatssymbole sind gerade deshalb auch sinnvolle Kommunikationsmittel zwischen Bürgern, weil sie die Integrationskraft enthalten. Der Verlust eines solchen Mittels dürfte der Freiheit der Meinungsäußerung, auf der die Legitimität des Verfassungsstaates beruht, stark schaden.

Im Jahr 1990 und 1989 haben das deutsche Bundesverfassungsgericht und der amerikanische Supreme Court vor diesem Problem gestanden. Obwohl beide Gerichte die Angeklagten nicht verurteilten, gibt es interessante Unterschiede zwischen ihren Erklä-

Die Meinungs- und Kunstfreiheit und der Strafschutz der Staatssymbole (mori)  
rungen dafür. Darin spiegelt sich der Charakter des Freiheits- und  
Staatsdenkens in beiden Ländern wider.<sup>(1)</sup>

### I . Die Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts

Bei dem Bundesverfassungsgericht ging es um die Karikaturen der Bundesflagge und Bundeshymne. Was die Bundesflagge angeht,<sup>(2)</sup> war der Gegenstand der Anklage wegen Verunglimpfung des Staatsymbols (§ 90 a Abs.1 Nr.2 StGB) eine Photocollage auf der Umschlagrückseite eines antimilitaristischen Taschenbuchs „Laßt mich bloß in Frieden“. Die Collage ist aus zwei Photographien zusammengesetzt. Die untere Hälfte ist eine Aufnahme eines Gelöbniszeremoniells der Bundeswehr, bei dem Soldaten eine Bundesflagge ausgebreitet halten. Der Himmel bildet den Hintergrund des Photos der oberen Hälfte. Da steht ein männlicher Torso, der uriniert. Der gelbe Urinstrahl wird in das untere Bild auf die dort

---

Dieser Beitrag stammt aus meinem Referat beim gemeinsamen Seminar über Verfassungsgerichtsbarkeit von Prof. Dr. Günter Frankenberg, Prof. Dr. Winfried Hassemer und Prof. Dr. Kurt Shell. Ich danke Rainer Nickel und Peter Niesen für ihre Verbesserung des deutschen Textes. Für Fehler bin ich allein verantwortlich. Ich bin auch Nobuhiko Nagamine dankbar für seine Hilfe bei der Sammlung amerikanischer Literatur.

(1) Es gibt einen Aufsatz über den Vergleich zwischen den beiden Entscheidungen auf Englisch. *Peter E. Quint*, *The Comparative Law of Flag Desecration: The United States and the Federal Republic of Germany*, 15 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 613 (1992).

(2) BVerfGE 81, 278.

ausge breitete Fahne gelenkt. Unter der Fahne ist eine gelbe Urinpütze auf dem Erdboden dargestellt.

Bei dem Beschluß geht es auch um eine andere Collage. Eine Zeitschrift meldete die Beschlagnahme des Buches „Laßt mich bloß in Frieden“ und benutzte darin die beiden Fotos der oben erwähnten Collage. Sie sind hier jedoch nur an der linken Ecke aneinander stoßend abgedruckt. Den Fotos ist ein satirischer Text zugeordnet (z.B. „Nehmen Sie Schere und Kleister zur Hand und basteln Sie aus den alltäglichen Fotos unten eine ganz gemeine Verunglimpfung.“ „Denken Sie zuerst nach, was die Bilder ausdrücken könnten !“).

Obwohl das Oberlandsgericht Frankfurt am Main die Angeklagten in beiden Fällen verurteilte, stellte das BVerfG die Verletzung ihrer Kunstfreiheit fest und verwies die Sache zurück.

Die Kunstfreiheit ist im Gegensatz zur Freiheit der Meinungsäußerung (Art.5 Abs.1,2 GG) ohne gesetzlichen Vorbehalt gewährleistet. Also ist es bedeutend für die Interpretation des Grundgesetzes, ob die Gegenstände der Verfassungsbeschwerden als Kunst im Sinne des Art.5 Abs. 3 Satz 1 GG eingeordnet werden. Das BVerfG behauptet ohne weiteres, daß die Collagen in den Schutzbereich der Kunstfreiheit gehören. Sie brächten „im Wege freier schöpferischer Gestaltung“ die Auffassung der Schöpfer zur Geltung. Also genügten sie den Maßstäben, die dasselbe Gericht in der Mephisto-Entscheidung<sup>(3)</sup> als Merkmale der Kunst im Sinne von Art.5 Abs.3 Satz 1 GG aufgestellt habe. „Die Anstößigkeit der Darstellung nimmt (ihnen) nicht die Eigenschaft als Kunstwerk“, weil eine staat-

---

(3) BVerfGE 30, 173 [188 f.].

liche Stil- und Niveauekontrolle über Kunst „auf eine verfassungsrechtlich unstatthafte Inhaltskontrolle“<sup>(4)</sup> hinauslaufe.

Obwohl die Kunstfreiheit vorbehaltlos gewährleistet ist, „kann sie mit Verfassungsbestimmungen aller Art kollidieren“. In allen solchen Fällen müsse „ein verhältnismäßiger Ausgleich der gegenläufigen, gleichermaßen verfassungsrechtlich geschützten Interessen mit dem Ziele ihrer Optimierung gefunden werden“. Die kollidierenden verfassungsrechtlichen Güter müßten konkret herausgearbeitet werden. Der strafrechtliche Schutz der Bundesflagge als staatliches Symbols sei nicht nur wegen Art.22 GG in der Verfassung begründet. Der Artikel setze vielmehr das Recht des Staates voraus, „sich zu seiner Selbstdarstellung solcher Symbole zu bedienen“. „Zweck dieser Sinnbilder ist es, an das Staatsgefühl der Bürger zu appellieren“. „Als freiheitlicher Staat ist die Bundesrepublik... auf die Identifikation ihrer Bürger mit den in der Flagge versinnbildlichten Grundwerten angewiesen“. „Dient die Flagge durch die von ihr verkörperten Staatsleitziele als wichtiges Integrationsmittel, so kann ihre Verunglimpfung die für den inneren Frieden notwendige Autorität des Staates beeinträchtigen“. „Daraus folgt zugleich, daß staatliche Symbole nur insoweit verfassungsrechtlichen Schutz genießen, als sie versinnbildlichen, was die Bundesrepublik Deutschland grundlegend prägt“.

Weil der Symbolschutz den Staat gegen Kritik nicht immunisieren darf, bedarf es „im Einzelfall einer Abwägung der widerstreitenden Verfassungsrechtsgüter“.

---

(4) BVerfGE 75, 369 [377].

Was die Prüfungsintensität betrifft, betont das BVerfG die Gemeinsamkeit der Kunst und Meinungsfreiheit als Kommunikationsgrundrechte. Vorher hatte es erläutert; wenn ein Fachgericht der Meinungsäußerung eine für den Angeklagten ungünstige Deutung, „die sich aus ihrem Wortlaut nicht oder nicht mit hinreichender Klarheit ergibt“, gebe, um die Ehre Dritter wirksam zu schützen, könne die Meinungsfreiheit verletzt werden. Die auf einer solchen Auslegung des Textes beruhende Bestrafung sei mit Art.5 Abs.1 GG nicht vereinbar. Dies sei ein Eingriff von hoher Intensität, denn „ein solches Vorgehen staatlicher Gewalt würde, nicht zuletzt wegen seiner einschüchternden Wirkung, freie Rede, freie Information und freie Meinungsbildung empfindlich berühren und damit die Meinungsfreiheit in ihrer Substanz treffen“.<sup>(5)</sup> Das BVerfG benutzte diese Erklärung auch für die Kunstfreiheit. Im Bereich der „Kommunikationsgrundrechte“ habe „die fallübergreifende Wirkung der Verfassungsrechtssprechung“ „wegen der Öffentlichkeitsbezogenheit der geschützten Handlungen erhebliche Bedeutung“. Es müsse dort daher „eine besonders wirksame verfassungsrechtliche Kontrolle“ geben.

Also prüft das BVerfG zuerst, ob die Auslegungen der Collagen durch die Fachgerichte „werkgerecht“ sind. Es zeigt die Methode der für Karikatur treffenden Interpretation, „die Entfernung des in Wort und Bild gewählten satirischen Gewandes“. Dadurch werden der „Aussagekern und seine Einkleidung“ getrennt ermittelt und gesondert überprüft. „Denn die Maßstäbe für die Beurteilung der

---

(5) BVerfGE 43, 130 [136 ff.].

Einkleidung sind anders und weniger streng als die für die Bewertung des Aussagekerns, weil der Einkleidung die Verfremdung wesenseigen ist“.

Dann stellt das BVerfG fest, daß das Urteil des Oberlandesgerichts, das die Collage des Buches „Laßt mich bloß in Frieden“ als Verunglimpfung der Bundesflagge wertet, ihren Aussagekern fehldeute. Das OLG meint, daß sich der Angriff der Collage „gegen die Flagge und die von ihr symbolisierte Staatlichkeit selbst“ richte. Aber nach der Meinung des BVerfG richtet er sich „gegen das staatliche Zeremoniell der Vereidigung oder des Gelöbnisses von Soldaten“. Der Staat sei nur mittelbar angegriffen. Auch in bezug auf die Einkleidung müsse das Oberlandesgericht die Abwägung in Rücksicht darauf nochmals überdenken, daß „dem Mittel der satirischen Verfremdung ein größerer Freiraum zukommt als ihrem eigentlichen Inhalt“.

Das BVerfG stimmt der Auslegung des anderen Urteils des Oberlandesgerichts zu. Es erkenne den antimilitaristischen, auch die staatlichen Verfolgungsmaßnahmen angreifenden Aussagekern der Darstellung. Aber das Urteil bezeichne „das von § 90 a Abs. 1 StGB geschützte Rechtsgut ausdrücklich als der Kunstfreiheit übergeordnet“. Damit könne es keinen richtigen Ausgleich erreichen.

Am gleichen Tag faßte das BVerfG einen anderen Beschluß über eine satirische Nachdichtung der deutschen Bundeshymne.<sup>(6)</sup> Auch hier wertet es ohne weiteres das Werk als Kunst im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG. Es wirft dem Bayerischen Obersten Landes-

---

(6) BVerfGE 81, 298.

gerichtet vor, daß es seiner Entscheidung an der bei der Interpretation der Satiren notwendigen Unterscheidung zwischen dem Aussagekern des Liedes und der Einkleidung fehle. Es ist nach der Meinung des BVerfG die Absicht des Künstlers, „Widersprüche zwischen Anspruch und Wirklichkeit aufzuzeigen“ und anzuprangern. „Diesen denkbaren Aussagekern der Satire... vernachlässigt das Landgericht vollständig. Es kommt daher auch zwangsläufig zu der Beurteilung, das Lied wolle die Hymne der Bundesrepublik Deutschland und diesen Staat selbst verunglimpfen, ohne zu erwägen, ob durch die drastische Darstellung der Lebenswirklichkeit nicht im Gegenteil den durch Hymne und Verfassungsordnung vertretenen Idealen höhere Geltung verschafft werden sollte“.

Obwohl das BVerfG ganz einfach behauptet, daß auch der strafrechtliche Schutz der Hymne in der Verfassung begründet sei, scheitert jedenfalls die auf der falschen Auslegung des Kunstwerks beruhende Abwägung der Verfassungsrechtsgüter. Überdies sagt es „hinsichtlich der Frage, welches Lied die ‚Hymne der Bundesrepublik Deutschland‘ ist“, daß der Bestimmtheitsgrundsatz des Art.103 Abs.2 GG insoweit erfüllt sei, „als es um die dritte Strophe des Deutschlandliedes“ gehe.

## II. Theoretische Untersuchungen

Es scheint mir, daß die Hauptpunkte der Beschlüsse die folgenden drei sind. 1. Alle Gegenstände der Anklage sind der Kunst im Sinne des Art.5 Abs.3 Satz 1 GG zugeordnet, und die Beschränkung der Kommunikationsfreiheit muß der intensiveren Kontrolle durch das BVerfG unterworfen sein. Es muß überprüfen, ob die Ausle-



gungen der Kunstwerke durch die Fachgerichte „werkgerecht“ sind. 2. Die Kunstfreiheit kann durch jedes Verfassungsrechtsgut beschränkt werden, und der strafrechtliche Schutz der Staatssymbole ist in der Verfassung begründet, auch wenn er im Grundgesetz nicht ausdrücklich festgeschrieben ist. 3. Bei der Interpretation der Karikatur muß der Aussagekern von der Einkleidung getrennt werden, und die beiden müssen gesondert mit dem Interesse des Schutzes der Staatssymbole abgewogen werden. Ich untersuche im folgenden die wissenschaftlichen Diskussionen über jeden einzelnen Punkt.

#### 1. Die hohe Prüfungsintensität und „werkgerechte“ Auslegung der Kunstwerke

Einige Kommentare machen sich darüber Sorgen, daß die großzügige Anerkennung der Kunst beim BVerfG zum Mißbrauch des Begriffs als Deckmantel für Verunglimpfung dienen könnte.<sup>(7)</sup> Aber dieses Problem scheint den meisten Wissenschaftlern nicht so bedeutend. Der Unterschied zwischen der Kunst und der einfachen Meinungsäußerung, trotz des Ausdrucks des Grundgesetzes, ist weniger sinnvoll geworden. Auf der einen Seite betont das BVerfG bei der Frage der nötigen Prüfungsintensität die Gemeinsamkeit der beiden Freiheiten als „Kommunikationsfreiheit“. Auf der andern Seite erkennt es ein nicht in den Artikeln des Grundgesetzes beste-

---

(7) *Manfred Kiesel*, Die Liquidierung des Ehrenschatzes durch das BVerfG, in: NVwZ 1992, S.1129, 1136 f.; *Herbert Tröndle*, Das Bundesverfassungsgericht und sein Umgang mit dem „einfachen Recht“, in: Festschrift für Walter Odersky (1996), S. 259, 279 f..

hendes Rechtsgut als Grund der Beschränkung der Kunstfreiheit an (siehe 2.). (Aber meiner Meinung nach verliert das Problem dieser Zuordnung die Bedeutung nicht. Siehe 3.)

Das BVerfG benutzt einen vormaligen Beschluß<sup>(8)</sup> als Präzedenzfall für die Notwendigkeit seiner intensiveren Prüfung der Beschränkung der Kommunikationsrechte. Aber dieser Fall bezog sich nicht auf die Kunstfreiheit, sondern auf die Meinungsfreiheit, und dort wurde dem Urteil des Landesgerichts die absichtliche Feststellung eines für die Rede ungünstigen „versteckten“ Inhalts vorgeworfen. Das BVerfG sagte kritisch, daß das LG „die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Meinungsfreiheit selbst aber gänzlich außer acht“ lasse.<sup>(9)</sup> Man kann verstehen, daß ein solches Urteil auf die allgemeinen freien Reden in der Öffentlichkeit negativ wirken kann. Die Tatsachen und Entscheidungen der Fachgerichte sind also ziemlich verschieden zwischen diesem und dem Bundesflagge-Fall. Im letzteren geht es um Kunstwerke, die eigentlich mannigfaltige Auslegungen erlauben. Es ist bedeutsam, daß trotzdem das BVerfG die Notwendigkeit der Beseitigung der fallübergreifenden „einschüchternden Wirkung“ bis zum letzteren Fall verbreitet hat. *Joachim Wütkner* behauptet, daß im Bundesflagge-Beschluß der Erste Senat „wegweisende Festlegungen für seine zukünftige Überprüfungspraxis im Bereich der Kommunikationsgrundrechte im allgemeinen“ vorgenommen habe.<sup>(10)</sup>

---

(8) BVerfGE 43, 130.

(9) BVerfGE 43, 130 [139].

(10) *Joachim Wütkner*, Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst (1994), S. 63. Vgl. BVerfGE 82, 43; BVerfG 83

Trotzdem scheint es mir, daß die gerichtlichen Feststellungen eigentlich mit den Absichten von Schöpfern übereinstimmen müssen, wenn der Zweck der Interpretation der Werke die Beseitigung der einschüchternden Wirkung ist. Denn nur dann können sich Künstler ohne Sorgen darum betätigen, ob die übertreibende oder verfremdende Kunst entgegen ihrer Absicht interpretiert werden könnte. Andererseits ist trotzdem dieser Anspruch an die Gerichte ganz unrealistisch, weil dann die angeklagten Künstler in den Prozessen nahezu immer den Vorwand finden könnten, daß sie keinen rechtswidrigen Inhalt auszudrücken vorhätten. Aber was heißt dann das „werkgerechte“ Verständnis der Kunstwerke? Gibt es nur eine objektiv richtige Auslegung jedes Werkes? Natürlich nicht. Vorher, in einem Beschluß über das Verhältnis zwischen Kunstfreiheit und Ehrenschutz, hatte das BVerfG selbst „mehrere Interpretationsmöglichkeiten“ des Kunstwerks bereits anerkannt und warf ohne seine eigene Interpretation dem Landgericht vor, von ihnen sich „allein für die strafrechtlich relevante zu entscheiden“.<sup>110</sup> In Wirklichkeit funktioniert seine Suche nach der werkgerechten Auslegung in den Bundesflagge und Bundeshymne-Beschlüssen ebenso wie die Ansicht in diesem Beschluß.

*Manfred Kiesel* kritisiert das BVerfG; „Die Auslegung und Beur-

---

130. Der Richter des BVerfG *Dieter Grimm* hat die Notwendigkeit hervorgehoben, die einschüchternde Wirkung zu beseitigen, um die Demokratie lebhaft zu halten. *Dieter Grimm*, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: NJW 1995, S. 1697, 1703 f..

(11) BVerfGE 67, 213 [229 f.]. Vgl. *Bodo Pierth/Bernhard Schlink*, Grundrechte (12. Aufl., 1996), Rn.677.

teilung des Inhalts einer Äußerung ist... eine Tatsachenwürdigung, die nur dem Tatrichter zusteht“.<sup>(12)</sup> Dieser Hinweis würde stimmen, wenn es sich ernsthaft darum bemühte, die wahre Bedeutung der Kunstwerke zu erkennen. Zumindest müßte es die Interpretation des Fachgerichts respektieren, wenn sie nicht vollständig unzutreffend wäre, denn die Struktur des Prozesses im BVerfG ist zur Feststellung der Tatsachen eindeutig weniger geeignet als bei den Fachgerichten. Aber was es wirklich anstrebt, scheint keine solche richtige Antwort, sondern die objektive Möglichkeit der *strafrechtlich irrelevanten* Interpretation. Dadurch kann die Gefahr der einschüchternden Wirkung auf ein unvermeidbares Minimum reduziert werden, und daher kann die Kunstfreiheit als Kommunikationsgrundrecht „einen besonders wirksamen“ Schutz genießen. Das heißt, die nötige Abwägung zwischen Kunstfreiheit und mit ihr kollidierenden Rechtsgütern findet hier *in der Form der Interpretation der Werke* für die erstere günstig statt. Es scheint mir aber, daß die Wichtigkeit der Beseitigung der einschüchternden Wirkung für die freie Öffentlichkeit und die daraus folgende Notwendigkeit der Suche nach der strafrechtlich irrelevanten Auslegungsmöglichkeit nicht im Allgemeinen erkannt werden, was zur Kritik am BVerfG führt. Wie die konkrete Interpretationsmethode der Karikatur funktioniert, erläutere ich unten (3.).

## 2. Symbolschutz als Verfassungsgut

Warum kann man behaupten, daß der Schutz der Staatssym-

---

(12) Kiesel (Anm. 7), S. 1132.

Die Meinungs- und Kunstfreiheit und der Strafschutz der Staatssymbole (mori) bole in der Verfassung begründet ist, auch wenn es keinen ausdrücklichen Artikel im Grundgesetz gibt? *Christoph Gusy* weist kritisch hin; „Welche Werte ‚verfassungsrechtlich geschützt‘ sind, bestimmt nicht mehr das GG, sondern das BVerfG“. Dann „wird die Aussage, wonach Art.5 Abs.3 GG nur von ‚verfassungsrechtlich geschützten Gütern‘ eingeschränkt werden darf, sinnlos“.<sup>(13)</sup> Aber wenn die Erklärung des BVerfG überzeugend genug ist, dann kann es sich dem Vorwurf entziehen. Sie geht davon aus, daß die Bundesrepublik auf die Identifikation ihrer Bürger mit den Grundwerten angewiesen ist. Die Bundesflagge und Bundeshymne, die für die freiheitliche demokratische Grundordnung stehen, dienen als wichtige Integrationsmittel. Also kann ihre Verunglimpfung die Autorität des Staates beeinträchtigen.

Um die Eigenart dieser Begründung zu erkennen, sollen wir auf die wissenschaftliche Diskussion um § 90 a Abs.1 Nr.2 StGB einen Blick werfen. *Thomas Würtenberger* verteidigt die verfassungsrechtliche Begründung seines Rechtsguts. Er behauptet; „Das Bedürfnis nach einem wirksamen strafrechtlichen Schutz dieser Rechtsgut-sphäre ergibt sich aus der Einsicht, daß Angriffe auf das Ansehen von Staat und Verfassung in der Demokratie gleichbedeutend sind mit Angriffen auf deren Existenz“. „(D)er Schutz von Staatssym-bolen dient mittelbar dem Schutz des Ansehens des Staates“, denn sie „soll(en) jenes Wertgefühl und Wertbewußtsein hervorrufen und

---

(13) *Christoph Gusy*, Anmerkung, in: JZ 1990, S. 640 f.. Vgl. auch *Würkner* (Anm. 10), S. 105 ff.; *Ulrich Karpen/Katrin Hofer*, Die Kunstfreiheit des Art.5 III 1 GG in der Rechtsprechung seit 1985, in: JZ 1992, S. 951(Teil 1), 1060(Teil 2), 1065 f..

stärken, das als Staatsgefühl der Bürger zu bezeichnen ist“, das für die freiheitliche Demokratie unentbehrlich ist. „Diese fundamentale Bedeutung der Staatssymbole für die Existenz des Gemeinwesens und die Integration der Bürger in die Staatsgemeinschaft ist bei der Bestimmung des von der Verfassung legitimierten Wertgehalts der durch § 90a Abs.1Nr.2 geschützten Rechtsgutspfähren zu beachten“.<sup>(14)</sup>

*Würtenberger* unterscheidet nicht zwischen dem Ansehen des Staates und der Verfassung als Rechtsgütern des Symbolschutzes. Vielmehr betont er „die ‚Parallelität‘ zwischen der Ehre des Einzelnen und dem Ansehen des Staates“ als einer „Kollektivperson“.<sup>(15)</sup> Deshalb geht es bei ihm nicht um den Unterschied zwischen dem normativen Anspruch der Grundwerte und der Wirklichkeit des Staates. Alle beschimpfenden Angriffe gegen Staatssymbole sollten als Beschädigungen des Ansehens von Staat und Verfassung verstanden werden, die zur Zerstörung der Ordnung führen könnten. Aber dies scheint mir eine zu schwache Begründung. Von der „Überschätzung der aktuellen Bedeutung staatlicher Symbole“<sup>(16)</sup> abgesehen, ist es ganz fragwürdig, ob „der Staat, der die Kunstfreiheit garantiert, wenn die Kunst sich gegen ihn wendet, ebenso

- 
- (14) *Thomas Würtenberger*, Kunst, Kunstfreiheit und Staatsverunglimpfung, in: JR 1979, S. 309, 311. Vgl. auch *ders.*, Satire und Karikatur in der Rechtsprechung, in: NJW 1983, S. 1144, 1146 f..
- (15) Ebd.(JR 1979), S.312 f..Vgl. *Josef Isensee*, Grundrecht auf Ehre, in: Festschrift für Martin Kriele (1997), S. 5.25 f..
- (16) *Bernd-Rüdiger Sonnen*, in: AK-StGB (Bd.3, 1986), § 90 a Rn.67.

Die Meinungs- und Kunstfreiheit und der Strafschutz der Staatssymbole (mori) schutzbedürftig wie ein Dritter“ ist.<sup>(17)</sup> Daß der Staat von der Identifikation der Bürger lebt, bedeutet den wesentlichen Unterschied zwischen Staat und Individuum. Obwohl der Einzelne selbst der zu schützende Wert ist, dient der Verfassungsstaat dem Wert des friedlichen und freiheitlichen Zusammenlebens und ist insofern gerechtfertigt. Die zwar notwendige Integration der Bürger in die Staatsgemeinschaft muß aber gleichzeitig der Funktion des Staates entsprechen, zu der die Erhaltung der freien Öffentlichkeit gehört. Die Zwangsintegration mit der Hilfe der Bestrafung fördert mitnichten das Ansehen des freiheitlichen demokratischen Staates.

*Württemberg* warnt davor, „zu vergessen, daß der Staat von Weimar infolge dauernder Angriffe auf seinen Bestand, wie sie nicht zuletzt auch in der damaligen Symbolverachtung zum Ausdruck kamen, dem Untergang geweiht war“.<sup>(18)</sup> Aber weil es damals auch den Strafschutz der Staatsform und Staatssymbole gab, kann der Untergang vielmehr die Sinnlosigkeit dieser Artikel andeuten. Der Mangel der Integration hatte seinen Grund wahrscheinlich in den politisch-sozialen Konflikten. Auch heißt es in der Literatur, in Wirklichkeit habe gerade die einseitige Anwendungspraxis solcher Vorschriften dazu beigetragen, die Autorität der Republik zu untergraben.<sup>(19)</sup> Überdies richteten sich die meisten radikalen Angriffe in

---

(17) *Klaus Volk*, Der Strafschutz für Staatssymbole und die Freiheit der Kunst, in: JR 1984, S. 441, 443 f.. Vgl. *Otto Backes*, Rechtsgefährdungsdelikte und Grundgesetz (1970), S. 182 f..

(18) *Württemberg* (Anm. 14, JR 1979), S. 313.

(19) *Gottfried Krutzki*, »Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole« Eine Dokumentation zu § 90 a StGB, in: KJ 1980, S. 294, 301; *Sonnen* (Anm. 16), § 90 a Rn.27.

der Weimarer Zeit gegen die Grundsätze der Verfassung selbst. Es ist nicht sicher, ob die heutige Verachtung der Symbole einen hiermit gemeinsamen Charakter hat.<sup>(20)</sup>

*Klaus Volk* schlägt daher eine verfassungskonforme Auslegung des Paragraphen vor. Er denkt, sein Rechtsgut sei die Abwehr von „Gefährdungen des demokratischen Rechtsstaates“, die selbst legitim sei. Aber weil der Artikel „im ‚Vorfeld‘ existentieller Bedrohung von Staat und Verfassung“ angewandt werde, liege es nahe, „den Anforderungen des Verfassungsrechts dadurch nachzukommen, daß man... den Nachweis konkreter Gefahr verlangt“. Seiner Meinung nach sei der Nachweis gelungen, wenn ein Angriff „gezielte Breitenwirkung“ entfalte, oder wenn er dem Ziel diene, die Verfassungsgrundsätze zu beseitigen. *Volk* fügt hinzu, daß im toleranten Staat der Fall „im Zweifel... für die Kunst zu entscheiden“ sei.<sup>(21)</sup> Aber die Frage drängt sich auf, ob es in Wirklichkeit denkbar ist, daß die Kunstwerke die Existenz von Staat und Verfassung konkret gefährden. *Ernst Gottfried Mahrenholz* behauptet, in der Bundesrepublik bestehe keine solche Gefahr, also könnten „auch Karikaturen den durch das Grundgesetz verfaßten Staat nicht beeinträchtigen“.<sup>(22)</sup>

---

(20) *Ernst Gottfried Mahrenholz*, Freiheit der Kunst, in: Handbuch des Verfassungsrechts (2.Aufl., 1994), S. 1289, 1326 f..

(21) *Volk* (Anm. 17), S. 444 f..

(22) *Mahrenholz* (Anm. 20), S. 1319 f., 1327. Vgl. *Sonneni* (Anm. 16), § 90 a Rn.34, 71. *Karl-Heinz Ladeur* richtet seine Aufmerksamkeit darauf, daß die Urheber der „Kunstwerke“ nur die Wirkung „auf eine(n) kleinen Kreis von Gruppenzugehörigen“ anstreben. Insofern sind sie von den verunglimpfenden Mei-



Auch die Ansicht des BVerfG ist der verfassungskonformen Auslegung zuzuordnen. Aber seine Aufmerksamkeit ist nicht auf die Eindringlichkeit der Gefahr gerichtet. Obwohl es Würtenberger zitiert, liegt der Schwerpunkt seiner Logik darin, daß die Bundesflagge und Bundeshymne die Grundwerte der Verfassung und die davon geprägte Bundesrepublik versinnbildlichen und gerade deshalb schutzbedürftige Integrationsmittel sind. Daraus folgt, daß die oberflächliche Verunglimpfung, die sich nicht gegen diesen symbolisierten Inhalt richtet, kein Verfassungsrechtsgut im § 90 a Abs.1 Nr.2 StGB berührt. Der Charakter der Auslegung des BVerfG besteht also in der Beschränkung des Inhalts der geschützten Symbolisierten.

Die Bundesflagge steht natürlich für die verfassungsmäßige Grundordnung. Trotzdem kann sie je nach Umständen noch andere Referenten haben. Eine solche Flexibilität ist eine wichtige Eigenschaft des Sinns der Symbole. Beispielsweise kann man die Bundesflagge beim Gelöbniszeremoniell der Bundeswehr als Symbol der Staatsgewalt oder des militärischen Elements des Staates verstehen. Die Collage, in der diese Bundesflagge in den Schmutz gezogen wird, verunglimpft sie gerade als Symbol der Staatsgewalt. Oder man kann die Bundeshymne einschätzen als Symbol der Richtigkeit nicht nur der Ideale der Bundesrepublik, sondern auch der deut-

---

nungsäußerungen auf den „in Presse, Rundfunk, Parteien, Parlament etc. institutionalisierten Foren der Öffentlichkeit“ wesentlich unterschieden. *Karl-Heinz Ladeur*, Meinungsfreiheit, Ehrenschatz und die Veränderung der Öffentlichkeit in der Massendemokratie, AfP 1993, S. 531, 533 ff..

schen Wirklichkeit. Dann schadet die Nachdichtung dem Symbol in diesem Sinn, auch wenn sie, wie das BVerfG sagte, die Widersprüche zwischen Anspruch und Wirklichkeit ausdrückt. Aber das BVerfG schätzt den Schutz der nicht den Grundwerten der Verfassung zugeordneten Inhalte der Symbole nicht als Verfassungsgut ein, das die Kunstfreiheit beschränken kann. Auf diese Weise vermeidet es, um die freie kritische Öffentlichkeit, die Basis der Legitimation der Bundesrepublik, zu erhalten, den Schluß, daß alle Arten verunglimpfender Angriffe gegen Symbole bestraft werden. Es legt nämlich den § 90 a Abs.1 Nr.2 StGB verfassungskonform aus, bevor es zur Abwägung der Rechtsgüter im Einzelfall kommt. Eine solche Auslegung dürfte erlauben, die Symbole als Mittel der Kritik gegen die alltägliche Politik zu benutzen.

Nicht zutreffend ist also *Horst Sendlers* Kritik an den Entscheidungen, daß es ihnen an der Verallgemeinerungsfähigkeit fehle.<sup>(23)</sup> Nach der Erklärung des BVerfG kann man die schutzbedürftige Bedeutung der Symbole von anderen unterscheiden. Der „Anspruch“, der Satiren machen darf, ist nicht beliebig zu bestimmen. Die Ausländerfeindlichkeit gehört eindeutig nicht dazu.

Aber das ist nicht das Ende des Problems. Es bleibt die Frage offen, ob der Strafschutz der Staatssymbole, auch wenn der Anwendungsbereich so beschränkt ist, verfassungsrechtlich legitim ist. Obwohl es leicht zu verstehen ist, daß die Existenz von Staat und Verfassung zu den obersten Werten gehört, setzt das BVerfG keine

---

(23) *Horst Sandler*, Kann man Liberalität übertreiben?, in: ZRP 1994, S. 343, 350. Vgl. Tröndle (Anm. 7), S. 280-82.

Gefahr ihres Bestands voraus, um § 90 a anzuwenden. Wenn ein Angriff gegen Symbole auf die Grundordnung selbst abzielt, kann die Kunstfreiheit ihn nicht retten. Das BVerfG sagt nicht, daß unter Umständen der Anspruch der Kunstfreiheit dem Schutzbedarf der Staatssymbole als Repräsentation der Grundwerte der Bundesrepublik überlegen sein kann.

Im Gegensatz dazu gibt es Meinungen, die die Verfassungswidrigkeit oder zumindestens die rechtspolitische Unangemessenheit des § 90 a Abs.1 StGB erläutern. Nach *Bernd-Rüdiger Sonnens* Meinung solle die Bundesrepublik „als organisierte Entscheidungs- und Wirkungseinheit verstanden“ und je nach ihren Leistungen rational legitimiert werden. „Geht man von diesem modernen Staatsverständnis aus“, „ist (es) umgekehrt sogar eher Ausdruck demokratischen Selbstbewußtseins“, die Beschimpfung des Staates und der Staatssymbole hinzunehmen.<sup>(24)</sup> Auch *Rainer Lippold* erklärt, weil in der Bundesrepublik, im Gegensatz zum „NS- und SED-Regime“, die Verbundenheit der Bürger mit ihrem Staat von einer aufgeklärten Art sei, erwiesen Staatsgesinnung und Verfassungstreue sich nicht im Verhalten gegenüber Staatssymbolen.<sup>(25)</sup>

Das BVerfG geht auf diese Kritik nicht ein. Es dürfte denken, daß bestimmte für die freiheitliche Demokratie notwendige Werte und ihre Symbole von kritischer Diskussion befreit werden sollten. Vielleicht liegt dies daran, daß die emotionale Verbindung zwischen

---

(24) *Sonnens* (Anm. 16), § 90 a Rn.26. Vgl. *Krutzki* (Anm. 19), S. 299 f..

(25) *Rainer Lippold*, Die Staatssymbole—ihre rechtliche Begründung und ihr strafrechtlicher Schutz, in: *KritV* 1992, S. 38, 49 f..

den Grundsätzen des Staates und den Bürgern notwendig erscheint. Aber, „(w)er in der Kritik mehr die Chance erblickt,... die Demokratie vor Erstarrung zu bewahren, wird wahrscheinlich anders urteilen als derjenige, der in der Kritik eher die Gefahr... der Aufkündigung der für die staatliche Existenz unerläßlichen Loyalität der Bürger sieht“.<sup>(26)</sup> Wie ich unten erwähne, ist dieser Punkt das Hauptthema der amerikanischen Debatten über „flag burning“.

### 3. Trennung von Aussagekern und Einkleidung

In bezug auf die Methode der Auslegung der Kunstwerke, die für die Abwägung der fallbezogenen Rechtsgüter in der Beschlüsse des BVerfG ausschlaggebend ist, besteht der Verdacht, daß es ein angemessenerer Weg des Verständnisses für Kunst ist, „Karikatur und Satire immer in ihrer *Gesamtheit* zu würdigen“.<sup>(27)</sup> Es scheint mir, daß es schwer ist, diesen Vorschlag selbst anzufechten. Wir betrachten allgemein die Kunstwerke nicht analytisch, sondern als Ganzes synthetisch und eher intuitiv.

---

(26) *Wolfgang Heinz*, Kunst und Strafrecht-Aktuelle Fragen politischer Kunst, in: Hans-Otto Mühleisen(Hrsg.), Grenzen politischer Kunst (1982), S. 44, 59.

(27) *Erich Steffen*, Politische Karikatur und politische Satire im Spannungsfeld von Kunstfreiheitsgarantie und Persönlichkeitsschutz, in: Festschrift für Helmut Simon (1987), S. 359, 372 f.. Vgl. *Friedrich Kübler*, Meinungsäußerung durch Kunst, in: Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz (1994), S. 303, 309 f.. *Kiesel* kritisiert die Unterscheidung zwischen Aussagekern und Einkleidung als „lebensfern“. *Kiesel* (Anm. 7), S. 1136.

Deshalb müssen wir fragen, warum sich das BVerfG trotzdem für seine Methode entschied. Aus den Beschlüssen, in denen das BVerfG die Würdigung der Satiren durch die Fachgerichte zurückwies, können wir erfahren, daß ihre wichtige Funktion darin besteht, den hinter der Einkleidung versteckten und auf den ersten Blick nicht ablesbaren Aussagekern zu suchen. Nach der zutreffenden Meinung von *Mahrenholz* beuge diese Auslegung der Kunst „der strafrechtlichen Beurteilung des ‚Wortsinns‘ ... einer Satire“ vor. Der Richter müsse „den Kontext der Zeichnung“ in Betracht ziehen und den Sachverhalt, den der Künstler verdeutlichen wolle und die künstliche Aussage begrenze, erkennen.<sup>(28)</sup> Also ermöglicht die Trennung von Aussagekern und Einkleidung die Würdigung des Inhalts, ohne die äußerliche Verfremdung in Betracht zu ziehen. Dies dient der möglichen Feststellung des strafrechtlich irrelevanten Inhalts und dadurch der Erweiterung des Schutzes der Kunstwerke. Und dort spielt die Beschränkung des kollidierenden Verfassungsguts(2.) auf folgende Weise zusammen.

Im Bundesflagge-Beschluß ist der Aussagekern der Karikatur „werkgerecht“ gegen die Feststellung des Oberlandesgerichtes als „vorrangig antimilitaristisch“ interpretiert. Ein solcher Angriff widerspricht keinem oben erklärten Schutzbedarf der Staatssymbole. Auch im Bundeshymne-Beschluß ist der Aussagekern der Nachdichtung, entfernt von dem oberflächlichen Wortsinn, als Schilderung der Widersprüche zwischen Anspruch und Wirklichkeit in Deutschland interpretiert. Aber niemand kann bestätigen, daß

---

(28) *Mahrenholz* (Anm. 20), S.1315 f..

die Tatbestandswürdigung des BVerfG richtig, und die des Fachgerichts falsch ist. In Wirklichkeit meint das BVerfG, daß es eine nicht gegen die verfassungskonform ausgelegte Strafvorschrift verstoßende Interpretation des Kunstwerks gebe, und daß insofern das Werk geschützt werden müsse.<sup>(29)</sup>

*Friedhelm Hufen* vermutet, daß das BVerfG „den letztlich ‚wohlmeinenden‘ Künstler im Auge hat, der in lediglich ungehöriger Form dem Staat und der Verfassung nutzen will“.<sup>(30)</sup> Ob das so ist, läßt sich aber nicht mit Sicherheit beschließen. Sicher ist, daß mit seiner Interpretationsmethode die wohlmeinende Interpretation möglich wird. Und wenn es eine solche Möglichkeit gibt, sollen die Gerichte um des weiten Spielraums der Kunst willen die strafrechtlich irrelevante Alternative betrachten.

Die Trennung von Aussagekern und Einkleidung wirkt auch auf die Beurteilung der letzteren. Das BVerfG weist darauf hin, daß die Einkleidung weiter geschützt werden müsse, weil der Einkleidung die Verfremdung wesenseigen sei. Diese Erklärung scheint auf den ersten Blick überzeugend, ist aber nicht ohne Probleme. Das BVerfG erklärte einmal in einem Beschluß, in dem es die Verfassungskonformität des § 90 a Abs.1 StGB bezüglich Art.5 Abs.1,2 GG anerkannte; wenn die Meinungsäußerung „nur wegen ihrer Form mit der Strafvorschrift kollidier(e)“, funktioniere die Meinungsfreiheit als Schranke gegen die Anwendung des Strafgesetzes schwächer als in anderen Fällen, weil „die besondere Bedeutung

---

(29) Vgl. *Quint* (Anm. 1), S. 636.

(30) *Friedhelm Hufen*, Übersicht, JuS 1991, S. 687, 690.

dieses Grundrechts für den freiheitlichen demokratischen Staat vor allem in dem Schutz, den es der Substanz von Gedankenäußerungen gewähr(e)“, liege. „Strafvorschriften... führen deshalb solange nicht zu unzulässigen Beschränkung der freien Rede, als der gedankliche Gehalt durch den Gebrauch einer anderen, nicht kränkenden Ausdrucksform verbreitet werden kann“.<sup>(31)</sup> Dies zeigt, daß es möglich ist, eine zu den Beschlüssen in Sachen Bundessymbole ganz umgekehrte Logik zu entfalten. Diese Logik scheint mir als allgemeine Theorie der Kommunikationsrechte ziemlich überzeugend. Überdies entsteht das Unbehagen über die Karikatur meistens gerade aus der verachtenden Form oder Einkleidung.

Der Grund für seine neuere Stellungnahme liegt dann wahrscheinlich, wie *Lothar Zechlin* sagt, darin, daß man die Übertreibung und Verzerrung selbst nicht als Beeinträchtigung der Verfassungsgüter einschätzen darf, wenn man im Wesen der Satire jedenfalls „etwas sachspezifisch Geschütztes“ anerkennt.<sup>(32)</sup> Das bedeutet vielleicht, daß gerade hier der spezifische Sinn des Schutzes der Kunstfreiheit im Art.5 Abs.3 Satz 1 GG herauszufinden ist. Insofern ein Kommunikationsmittel als Kunst im Sinn des Grundgesetzes gewertet wird, kann die Form des Ausdruckes speziell geschützt werden.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die fallbezogene Abwägung des BVerfG in der Form seiner eigenen Auslegung der

---

(31) BVerfGE 47, 198 [233].

(32) *Lothar Zechlin*, Kunstfreiheit, Strafrecht und Satire, NJW 1984, S. 1091, 1093. Vgl. *Heinz* (Anm. 26), S. 61-63.

Kunstwerke stattfindet. Wenn es die Möglichkeit der mit keinen anderen Verfassungsgütern kollidierenden Interpretation gibt, muß der Anspruch der Kunstfreiheit überlegen sein. Die Trennung von Aussagekern und Einkleidung dient der Entdeckung eines solchen strafrechtlich irrelevanten Verständnisses der Satiren. Insofern dürfte das BVerfG eher die Kunstfreiheit respektieren.

Ein Problem dieser Abwägungsmethode liegt im Mangel der Vorausberechnungsfähigkeit der Auslegung der Kunstwerke. Der Aussagekern solle erst nach Entkleidung des satirischen Gewandes festgestellt werden. Aber diese „Entkleidung“ ist eine Metapher, und in Wirklichkeit kann der Aussagekern nur durch die Einsicht des Interpretierenden in den „versteckten“ Inhalt erkannt werden. Auf die Frage, was versteckt ist, kann es unterschiedlichste Antworten geben. Das BVerfG verkündete im berühmten Strauß/Hachfeld-Beschluß, daß der Aussagekern der Karikatur, in der Franz Josef Strauß als sich sexuell betätigendes Schwein dargestellt ist, ein offenkundiger Angriff auf die personale Würde des Karikierten sei.<sup>(33)</sup> Trotzdem ist in der Literatur eine andere Interpretation behauptet worden, die nicht gegen seine Ehre verstößt.<sup>(34)</sup> Es ist noch schwerer, mit Sicherheit vorherzusagen, ob bei Gerichten irgendein strafrechtlich irrelevanter Aussagekern von Satiren mit Symbolen, die eigentlich emotional appellieren, abgelesen wird.

Die Auslegungsmethode des BVerfG dürfte meistens um der

---

(33) BVerfGE 75, 369 [379 f.].

(34) Mahrenholz (Anm. 20), S. 1314f.; Georgios Gounalakis, Frieräume und Grenzen politischer Karikatur und Satire, in: NJW 1995, S. 809, 813.



Kunst willen funktionieren, indem sie die Verfremdung als bloße „Einkleidung“ einschätzt. Aber andererseits bleiben noch der Ermessensraum der Tatbestandswürdigung der Gerichte und deshalb etwas einschüchternde Wirkung auf die Kunstfreiheit.

In diesem Kapitel habe ich die verfassungskonforme Auslegung des BVerfG erklärt und insbesondere in 2. und 3. auf einige Probleme darin hingewiesen. Jetzt wenden wir unseren Blick auf die USA, um zu sehen, wie dort dieselben Probleme bearbeitet werden.

### III. Die Entscheidung des amerikanischen Supreme Court über „flag burning“

In der Entscheidung *Texas v. Johnson* geht es um die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes, das die Entweihung der Nationalflagge der U.S.A. bestraft.<sup>(35)</sup> Dem Urteil des Supreme Court folgte eine heftige Reaktion in der Öffentlichkeit und im Kongreß. Das ist auch wissenschaftlich sehr interessant, weil dort die Meinung des Gerichts und die abweichenden Meinungen einander gegenüberstehen und darin das wesentliche Problem über die (Grenze der) Mei-

---

(35) *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989). Ein Jahr nach der Entscheidung erklärte der Supreme Court das Bundesstrafgesetz gegen die Entweihung der Nationalflagge, das danach mit der überwiegenden Mehrheit des Kongresses erlassen wurde, nochmal für verfassungswidrig. Dagegen schrieb Stevens eine abweichende Meinung. Obwohl der Kongreß sich darum bemühte, der Tragweite des *Johnson*-Falles auszuweichen, konnten die Richter des Supreme Court einen substantiellen Unterschied zwischen den beiden Gesetzen nicht erkennen. *U.S. v. Eichman*, 496 U.S. 310(1990).

nungsfreiheit auftritt. (In der amerikanischen Verfassung gibt es keinen Artikel für den besonderen Schutz der Kunst.)

Während der Republican National Convention im Jahr 1984, auf der Ronald Reagan wieder zum Präsidentschaftskandidaten ernannt wurde, demonstrierten Johnson und andere Leute gegen Reagans Politik. Johnson war im Besitz einer amerikanischen Flagge, die von einem anderen Demonstranten gestohlen worden war, und er verbrannte diese vor der Dallas City Hall, also in der Öffentlichkeit. Während sie brannte, sangen die Demonstranten, „America, the red, white and blue, we spit on you.“ Niemand wurde körperlich verletzt, aber manche Augenzeugen sagten aus, daß ihr Gefühl durch die Flaggenverbrennung sehr tief verletzt worden sei. Nachdem die Demonstranten auseinandergegangen waren, sammelte ein Zuschauer die Asche der Flagge und begrub sie in seinem Garten. (Diese Episode sieht aus, als ob sie keine Beziehung zum Fall hätte. Aber im letzten Teil der Opinion of the Court spielt sie eine eindrucksvolle Rolle.)

Von den Demonstranten wurde Johnson allein angeklagt, wegen der Entweihung des verehrungswürdigen Objekts, die das Strafgesetz von Texas übertrat. Zuerst wurde er für schuldig erklärt, aber der Texas Court of Criminal Appeals erklärte, daß die Bestrafung von Johnson verfassungswidrig sei. Der Bundesstaat Texas legte beim Supreme Court of the United States Berufung ein.

Auch die von Justice *Brennan* geschriebene Meinung des Supreme Court hielt die Bestrafung für verfassungswidrig.

Zuerst untersucht sie, (1) ob Johnsons Verbrennung der Flagge eine expressive Handlung darstellt. Falls man die Frage bejaht, ge-

nießt Johnson Grundrechtsschutz über den ersten Zusatzartikel der Verfassung, aber wenn die Frage nicht bejaht wird, dann hat die Redefreiheit mit diesem Fall nichts zu tun. Wenn bejaht, dann entscheidet der Court, (2)ob sich die Regelung des Bundesstaates auf die Unterdrückung der freien Meinungsäußerung bezieht. Wenn sie sich darauf nicht bezieht, dann wird das Gesetz mit einem weniger strikten Standard kontrolliert, d.h. die Verfassungsmäßigkeit wird leichter anerkannt. Wenn sie sich darauf bezieht, dann muß ein anspruchsvollerer Standard angewandt werden. (3)Aber es gibt eine andere Möglichkeit, d.h. die Tatsache des Falls hat in Wirklichkeit nichts mit dem angeblichen Interesse des Staates zu tun.

(1) In bezug auf das kommunikative Element der Tat Johnsons müsse man danach fragen, ob eine Absicht, einen bestimmten Inhalt mitzuteilen, präsent sei, und ob es wahrscheinlich sei, daß die Zuschauer den Inhalt verstehen könnten. Vorher hatte der Supreme Court die kommunikative Natur der Handlung mit der Flagge ohne weiteres festgestellt (z.B. im berühmten Beschluß über die Freiheit der Verweigerung der Ehrenbezeichnung nach der Nationalflagge in der Schule (*West Virginia Board of Education v. Barnette*)<sup>(36)</sup>). Symbolismus sei ein primitiver aber effektiver Weg der Kommunikation einer Idee. Texas selbst erkennt an, daß Johnsons Handlung expressiv war. Die politische Natur seiner Tat sei absichtlich und klar.

Dann muß der Court die Interessen des Staates überprüfen. Erstens die Vorbeugung gegen die Störung des Friedens. Zweitens die

---

(36) *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

Erhaltung der Flagge als Symbol der Nation und der nationalen Einheit.

Zum ersten Aspekt. Es habe weder eine wirkliche Störung des Friedens noch die Gefahr dazu gegeben. Zwar hat die Verbrennung der Flagge die Gefühle einiger Zuschauer tief verletzt. Aber die grundsätzliche Funktion der Redefreiheit sei die Verursachung der Debatte. Wenn eine Rede die Zuschauer ärgere und daher eine Debatte stattfinde, werde der Zweck der Freiheit erfüllt. In diesem Fall, der keine Gefahr der „imminent lawless action“ enthalte, komme das Interesse der Vorbeugung gegen die Störung des Friedens nicht in Frage.(=3))

Das zweite Interesse beziehe sich auf das expressive Element der Tat, weil es nur in Frage komme, wenn die Behandlung der Flagge irgendeinen unangenehmen expressiven Inhalt kommuniziere. Rechtfertigt das Interesse an der Erhaltung der Flagge als Symbol der Nation und der nationalen Einheit dann das Verbot der Flaggenverbrennung ? (=2)) Beim Überlegen müsse man außerdem darauf achten, daß diese Regulation als „content based restriction“ gewertet werden solle, weil der Verstoß gegen das Strafrecht auf dem kommunikativen Einfluß der Tat beruhe und der Einfluß auf Zuschauer sich direkt auf den Inhalt des expressiven Elements beziehe. Also müsse man die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes mit dem striktesten Standard überprüfen.

Texas behauptet den besonderen Rang der Nationalflagge; „a symbol of nationhood and national unity“. Aber es sei ein grundsätzliches Prinzip des First Amendment, daß die Regierung keine Darstellung einer Idee nur deshalb verbieten dürfe, weil die Ge-

Die Meinungs- und Kunstfreiheit und der Strafschutz der Staatssymbole (mori)

sellschaft sie beleidigend oder unpopulär finde. Niemand könne befehlen, was die Orthodoxie in der Politik sein solle. Die Flagge könne keine Ausnahme bilden. Dieses Prinzip gelte unabhängig von der Methode der Kommunikation. Es sei dem Staat nicht erlaubt, einerseits die Verbrennung der Flagge zu verbieten, wenn sie den Wert der Flagge als Symbol der nationalen Einheit gefährde, aber andererseits sie zuzulassen, wenn sie ihn befördere. Die Regierung dürfe keine bestimmte Interpretation des Symbols oder keinen Referenten des Symbols feststellen. Auch wenn ein Begriff heilig aussehe, solle er „in the marketplace of ideas“ getestet werden.

Der Staat könne den Wert der Flagge als Symbol der nationalen Einheit mit Empfehlungen zu erhalten versuchen. Aber er dürfe ihn nicht mit der Strafe garantieren.

Man könne sagen, daß die spezielle Stelle der nationalen Flagge in der amerikanischen Gemeinschaft von diesem Urteil gesteigert, nicht geschwächt werde, weil es wieder die Prinzipien der Freiheit, die die Flagge reflektiere, feststelle. Die Methode der Erhaltung der Flagge als Symbol solle keine Strafe, sondern Bemühung, andere Leute zu überzeugen (z.B. wie ein Augenzeuge die Asche der Flagge achtungsvoll begrub), sein.

Chief Justice *Rehnquists* dissenting opinion fängt ungewöhnlich an. Er betont die spezielle Stellung der nationalen Flagge mit vielen historischen Episoden. Es scheint mir interessant, daß sich alle Episoden auf Kriege beziehen (der Unabhängigkeitskrieg, The War of 1812, der Bürgerkrieg, die zwei Weltkriege, the Korean War und der Vietnam Krieg). *Rehnquist* zieht daraus den Schluß, daß kein anderes Symbol so allgemein respektiert worden sei wie die Flagge.

Sie stelle keine bestimmte politische Philosophie dar. Dann folgt der Kernsatz seiner Meinung. „The flag is not simply another ‚idea‘ or ‚point of view‘ competing for recognition in the marketplace of ideas.“ Fast alle Amerikaner respektierten sie mit einer fast mythischen Achtung unabhängig von ihren politischen Meinungen. Der Staat könne dieses nationale Gefühl vor beleidigenden Handlungen schützen.

Überdies bilde die Verbrennung der Flagge keinen essentiellen Teil der Darstellung der Idee. Johnson könnte mit einer anderen Methode seine Meinung darstellen. Flag burning kommuniziere keine bestimmte Meinung, sondern ärgere nur andere Leute. Johnson sei angeklagt worden nicht wegen seiner Idee, sondern wegen einer bestimmten Benutzung des besonderen Symbols. Die demokratische Gesellschaft sei berechtigt, die der Mehrheit des Volks sehr unangenehm erscheinende Handlung zu verbieten.

Justice *Stevens*' dissenting opinion ist kurz, aber ebenfalls interessant. Er behauptet, daß die Flagge nicht nur die nationale Einheit, sondern auch bestimmte Ideen, nämlich Freiheit, Gleichheit, Toleranz, symbolisiere. Aber er stimmt Brennans Meinung nicht zu, daß das Urteil den Wert der Flagge vielmehr steigern. Er denkt, daß die Entweihung der Flagge den Wert schwäche und daß das staatliche Interesse an der Erhaltung des Wertes der Flagge deshalb legitim sei. Wenn Freiheit und Gleichheit wertvoll seien, solle auch die Flagge, die sie symbolisiere, vor Entweihung geschützt werden.

#### IV. Analyse der amerikanischen Entscheidung und Vergleich der beiden Gerichte

##### 1. Symbol als primitives Mittel der Meinungsäußerung

Obwohl diese Entscheidung heftigen Widerspruch in der Öffentlichkeit und im Kongreß hervorgerufen hat, schätzen die meisten wissenschaftlichen Kommentare sie eher als „easy case“ ein. „The majority opinion is a relatively straightforward application of traditional first amendment jurisprudence“.<sup>(37)</sup> „Johnson itself was premised upon sound principles of constitutional theory“.<sup>(38)</sup> Und die Einfachheit entsteht daraus, daß die Entscheidung die Behauptung von der Besonderheit der Nationalflagge von seiten der Regierung ignoriert. Der Supreme Court wendet den allgemeinen Grundsatz der Meinungsfreiheit, d.h. das Verbot der auf dem Inhalt beruhenden Beschränkung, umstandslos auf den Fall der Flaggenverbrennung

---

(37) The Supreme Court—Leading Cases, 103 Harv. L. Rev. 249, 253 (1989).

(38) *Geoffrey R. Stone*, Flag Burning and the Constitution, 75 Iowa L. Rev. 111, 124 (1989). Auch *Murray Dry* behauptet, daß Texas v. Johnson an die Entwicklung der Präzedenzfälle fest angeknüpft sei. Vgl. *Murray Dry*, Flag Burning and the Constitution, 1990 Sup. Ct. Rev. 69. Vgl. auch *Akhil Reed Amar*, The Case of the Missing Amendments, 106 Harv. L. Rev. 124, 125 (1992); *Sheldon H. Nahmod*, The Sacred Flag and the First Amendment, 66 Indiana L. J. 511, 522–524 (1991); *Quint* (Anm.1), S.616 f.. Die Anwendung des Gedankens eines „free marketplace of ideas“ auf die Entweihung der Flagge wurde schon in den 70 er Jahren probiert. Vgl. *John Hart Ely*, Flag Desecration (1975), jetzt in: *ders.*, On Constitutional Ground (1996), S. 173, 181 ff..

an. *Frank Michelman* stellt den Schwerpunkt des Urteils auf folgende Weise dar; „in *Johnson*, the Supreme Court denied that Government can have a constitutionally legitimate interest in trying to ensure, through punitive restrictions on the expressive use of any symbol, that the symbol be used only to convey the governmentally preferred view of its „referents“.“<sup>(39)</sup> Dies bedeutet, daß der Supreme Court, im Gegensatz zum deutschen BVerfG, das Recht des Staates, sich zu seiner Selbstdarstellung solcher Symbole zu bedienen, nicht anerkennt, mindestens als Begründung des Verbots der Meinungsäußerung. Deshalb braucht er keine kollidierenden Interessen fallbezogen abzuwägen.<sup>(40)</sup>

---

(39) *Frank Michelman*, *Saving Old Glory : On Constitutional Iconography*, 42 *Stan. L. Rev.* 1337, 1347 (1990).

(40) Wenn das vom Bundesstaat Texas behauptete erste Interesse realistisch wäre, also wenn die Gefahr der Störung des Friedens unmittelbar und gegenwärtig wäre, dann sollte die Abwägung stattfinden. Dieses Interesse selbst ist nicht ungültig. Aber das andere und wesentlichere Interesse, die Erhaltung der Flagge als Symbol der Nation und der nationalen Einheit, ist im Zusammenhang mit der Beschränkung der Redefreiheit prinzipiell ungültig.

In bezug auf den Anspruch der „imminent lawless action“ ist es bemerkenswert, daß der Supreme Court Johnsons Flaggenverbrennung nicht als „fighting words“ wertet, deren Inhalt persönliche starke Beleidigungen für bestimmte Adressaten sind und deshalb nicht verfassungsrechtlich geschützt werden. Es ist irrational, wenn solche Reden deshalb zuzulassen sind, weil die angegriffenen Adressaten zu schwach sind, um mit den Sprechern zu streiten. Aber Johnson appellierte nicht an bestimmte Gegner. Dann darf seine Meinungsäußerung nicht deshalb verboten werden, weil sie normalen Leuten beleidigend scheint. Es bedarf einer größeren Gefahr für den Frieden. In der Öffentlichkeit hat grundsätzlich die Kommunikationsfreiheit Vorrang. Vgl. *Stone* (Anm. 38), S. 115.



Aber the opinion of the Court leugnet die spezielle Bedeutung der Nationalflagge für die amerikanische Gemeinschaft nicht. Er benutzt sie, um Johnsons Flaggenverbrennung den Rang einer verfassungsrechtlich geschützten Meinungsäußerung zu verleihen. *Rehnquist* behauptet, daß die Entweihung der Flagge leichter verboten werden kann, weil, wie das BVerfG einmal in bezug auf die Meinungsfreiheit des Art.5 Abs.1 meinte, sie keinen essentiellen Teil der Kommunikation bildet. *Brennan* mißbilligt nicht deshalb *Rehnquists* Meinung, weil die Form gleich wie oder stärker als der Inhalt geschützt werden muß. Er stellt vielmehr fest, daß der symbolische Ausdruck mit der Flagge selbst, die voll von expressivem Inhalt ist, ein effektiver Weg der Kommunikation ist.

Dies bedeutet, daß der Supreme Court die Verbrennung der Flagge nicht, wie das BVerfG, analytisch beobachtet. Er erkennt ihre Eigenschaft vielmehr im „primitiven“ Symbolismus, der emotionale Reaktionen hervorruft.<sup>(41)</sup> Obwohl das BVerfG kein besonderes symbolisches Element in Zusammenhang mit der Würdigung der Verunglimpfungstaten beachtet, deutet die Entscheidung des Supreme Court an, daß die Satire mit der Flagge oder Hymne, die allgemein als Symbol von Staat und Verfassung eingeschätzt ist, gerade deshalb voll von expressivem Inhalt und schutzbedürftig sein dürfte. In Wirklichkeit benutzt die Meinung des Court in einer Fußnote *Rehnquists* Hervorhebung der Besonderheit der Flagge

---

(41) *Calvin R. Massey* sagt, daß im Fall der Flagge „both form and content, and medium and message“ undifferenziert verbunden sind. *Calvin R. Massey*, Pure Symbols and the First Amendment, 17 Hastings Const. L. Q. 369, 374 (1990).

ironisch umgekehrt, um den Schutzbedarf der Flaggenverbrennung zu betonen.<sup>(42)</sup> Aber eine solche Deutung würde es notwendig machen, die Freiheit der Symbole verachtenden Kunst mit dem staatlichen Interesse an Symbolschutz frontal zusammenstoßen zu lassen, weil die erstere die Störung des Gefühls der Bürger beabsichtigt, das der Staat sichern möchte. Wenn das BVerfG die intuitionswidrige Trennung von Aussagekern und Einkleidung annimmt, um die strafrechtlich irrelevante Auslegung des Kunstwerks zu finden, kann der Supreme Court darauf verzichten, indem er das Interesse des Staates am Symbolwert selbst verleugnet. Damit kann er sich auch der Frage entziehen, ob die Beurteilung über die Einkleidung weniger streng ist. In den USA, deren Verfassung keinen besonderen Artikel für Kunstfreiheit hat, kann man sie schwerlich bejahen.

## 2. Versuche der abweichenden Meinungen—Ausnahme für die Nationalflagge?

Der Supreme Court versteht, daß der Staat keine einseitige, nur die nationale Einheit steigernde Benutzung der Flagge befehlen darf. Aber warum darf der Staat nicht die Besonderheit der Nationalflagge in Betracht ziehen, wenn sie um der Redefreiheit willen anerkannt wird? Ist die Flagge nicht um so schutzbedürftiger, als sie an das Staatsgefühl der Bürger direkt appelliert?

*Rehnquists* abweichende Meinung leitet aus dem historischen und „mystischen“ Respekt vor der Flagge eine Ausnahme für sie ab. Ein solcher Respekt solle selbst mit der Beschränkung der Mei-

---

(42) *Johnson*, 491 U.S. 416, n.11.

nungsfreiheit geschützt werden. Aber wenn er als Beispiele immer den Zusammenhang zwischen der starken Aufregung bei Kriegen und das spezielle Gefühl für die Flagge benutzt, wird der ideologische Charakter seiner Erzählung klar. Er stellt dar, daß mit der Flaggenverbrennung in den USA als Widerstand gegen den Vietnam-Krieg die Stimmung der Soldaten in Vietnam schwer geschädigt wurde. Wie kann denn diese Episode seine These bestätigen? Man kann bezweifeln, ob es in Wirklichkeit den universellen Respekt vor der Flagge gibt, oder ob *Rehnquist* die Loyalität der Bürger für die Regierung, die insbesondere bei Kriegen beansprucht wird, mit der Hilfe der Flagge zu stärken wünscht. Hinter seiner Meinung steckt die große Gefahr, die Kritik an der Politik mit dem „Mythos“ zu unterdrücken. Wie *Kent Greenawalt* sagt, „If we attach a kind of nonrational reverence to the flag, we are subject to manipulation by those who control the flag.“<sup>(43)</sup>

*Greenawalt* behauptet auch, daß die Diskussion um die (gewaltsame) Verfolgung der nationalen Interessen zuzulassen sei. Die Zwangsverehrung der Flagge, die den Wert der nationalen Einheit versinnbildlicht, verhindere die kritische Stellungnahme.<sup>(44)</sup> Deshalb scheint es auch mir, daß der Symbolismus der Nation und der nationalen Einheit nicht für die Rechtfertigung der Beschränkung der Meinungsäußerung verwendet werden darf, obwohl, oder gerade weil, das Symbol die große Macht des Apells an die Bürger hat.

*Stevens'* abweichende Meinung erkennt die Ausnahme mit einer

(43) *Kent Greenawalt*, *Fighting Words* (1995), S. 43.

(44) *Ebd.*, S. 44.

sinnvollere Begründung an. Er behauptet, daß die amerikanische Nationalflagge nicht nur die nationale Einheit, sondern auch die amerikanischen Grundideen versinnbildliche, und daß das Symbol der Freiheit und Gleichheit vor Entweihung geschützt werden müsse, wenn sie wertvoll seien. Also versteht er als das mit Meinungsfreiheit kollidierenden Rechtsgut den Wert der Flagge als Symbol der Grundwerte. Obwohl er keine Absicht hat, die Autorität des freiheitlichen Staates zu schützen,<sup>(45)</sup> ist das mit der Redefreiheit kollidierende Rechtsgut nahezu dasselbe wie das des BVerfG. Ihrer Meinung nach schadet die Entweihung oder Verunglimpfung der Symbole der Grundwerte der Attraktivität der Grundwerte. Im Gegensatz dazu denkt the opinion of the Court, daß gerade die Entscheidung die Grundwerte bestätige, indem sie auch die Freiheit der Entweihung des Symbols der Freiheit toleriere. Hierin bestehen die wesentlichen Differenzen.

Aber auch wenn man *Stevens'* Grundthese zustimmen würde, bliebe es nicht sicher, ob die Verbrennung der Nationalflagge bestrafbar wäre. Seine Meinung schließt sich an den Kommunitarismus an, der die Ansprüche der Selbstbestimmung der Gemeinschaft als wertvoll für Mitbürger würdigt. Aber auch in der Literatur, die Ansprüche des Kommunitarismus berücksichtigt, wird die

---

(45) *Quint* hebt diesen Unterschied als tiefen Gegensatz zwischen dem allen Richtern des Supreme Court gemeinsamen amerikanischen Verfassungsdenken und dem deutschen hervor. Vgl. *Quint* (Anm. 1). Ich glaube aber, daß in bezug auf das Problem der Integrationskraft der Staatssymbole der andere Streitpunkt wichtiger ist.

Entscheidung des Supreme Court gebilligt. *Michelman* sagt, „flag burning is not a repudiation of the nation's ideals or of aspiration towards political community. Rather, the flag burner charges the nation with betraying its ideals .... In so doing the flag burner may be said to affirm an ideal vision of a possible nation whose identity is under contention, the possible nation that is also potentially *hers*, the one with which *she* identifies.“<sup>(46)</sup> Diese Logik ist dem Bundeshymne-Beschluß des BVerfG ähnlich. Nach dieser Auslegung greifen die Angeklagten zwar oberflächlich die Symbole an, aber nicht die Grundwerte, die sie symbolisieren und deretwegen sie schutzbedürftig sind. Vielmehr tragen sie dazu bei, innerhalb der Gemeinschaft zu überdenken und wieder festzustellen, was ihre Identität oder das „common good“ ist.<sup>(47)</sup>

Bei der Auslegung der Verbrennung durch Johnson als Appell an die Gemeinschaft geht es darum, daß sich sein Angriff nicht gegen bestimmte Menschen oder Minderheitengruppen richtet. Die symbolische Absage ihrer „equal citizenship“ könnte dem Ideal und der Identität der Gemeinschaft freier und gleicher Mitbürger schaden. Im Gegensatz dazu appelliert Johnsons symbolic speech an das öffentliche Publikum, zu dem er selbst gehören kann.<sup>(48)</sup> US-Ameri-

---

(46) *Michelman* (Anm. 39), S. 1362.

(47) Vgl. The Supreme Court-Leading Cases (Anm. 37), S. 257 f..

(48) Ebd., 256 f.; *Michelman* (Anm. 39), S. 1362 f.; *Greenawalt* (Anm. 43), S. 143 f.. Kritisch über den Unterschied zwischen der Flaggenverbrennung und „hate speech“, *Paul F. Campos*, *Advocacy and Scholarship*, 81 Calif. L. Rev. 817, 832 f. (1993). (Aber dieser Aufsatz kritisiert, wie die Critical Legal Studies, die Legitimation aller Arten „doctorinal constitutional law“. )

kaner, insbesondere nach dem Kalten Krieg, stellen sich nicht vor, daß der Angriff gegen Symbole die ganze Ablehnung der Verfassung bedeuten mag. Aber ich glaube, daß auch die meisten heutigen Verunglimpfungen der deutschen Bundessymbole keine solche fundamentale Verweigerung der Grundwerte bedeuten. Dann soll der Appell an die Öffentlichkeit als Anspruch der besseren Interpretation und Verwirklichung der Grundwerte verstanden werden. Jedenfalls beruht der Unterschied der Schlüsse zwischen *Stevens* und dem BVerfG auf den verschiedenen Interpretationen der Gegenstände.

### 3. Der Grund der Sorgen um die Bestrafung in *Brennans opinion*

Andererseits weist *Murray Dry* darauf hin; „Justice Brennan’s suggestion that when we see a flag burning, we salute it, or give it a decent burial, properly understood, means that liberal constitutionalism need not stand for mindless relativism“.<sup>(49)</sup> Der Supreme Court erkennt an, daß der Symbolismus einen emotionalen Beitrag zur Erhaltung der spezifischen Stelle der Flagge leisten darf, wenn er von Bürgern ausgedrückt wird. Also wünscht er nicht, daß die öffentliche Diskussion rational und aufgeklärt stattfindet. Vielmehr stellt er das Vertrauen auf die Bewahrung der Grundwerte in der freien Öffentlichkeit ohne Bestrafung dar.

Es scheint mir, daß dort auch sein Verständnis des Charakters des Symbols wirkt. Obwohl the opinion of the court denkt, daß die Grundwerte zwar ein Referent der Nationalflagge sind, beabsichtigt sie nicht, ihre verfassungsrechtlich wertvolle Bedeutung darauf zu

---

(49) *Dry* (Anm. 38), S. 102.

beschränken. Vielmehr nimmt sie die Vielfältigkeit der möglichen Symbolisierten als Tatsache hin und läßt den Wettbewerb zwischen ihnen frei laufen. Die konkrete Bedeutung der Symbole wird erst bei ihrer Verwendung im bestimmten Kontext klargemacht. Was er verbietet, ist der staatliche zwanghafte Gebrauch des Symbols zu einem bestimmten Ziel. Gerade weil die Symbole je nach den Umständen verschiedene Bedeutungen und Appelle intuitiv darstellen können, steigt die Notwendigkeit, für „the marketplace of ideas“ ihrem staatlichen, einseitigen Gebrauch vorzubeugen. Im Gegensatz zu der beschränkten Interpretation der Symbolisierten bei dem BVerfG und *Stevens* wertet *Brennan* das Risiko des staatlichen Mißbrauchs der Symbole noch höher. Deshalb überläßt Brennan der zwanglosen Diskussion die Behandlung der Symbole.

Ich glaube, daß diese Ansicht des Supreme Court den Charakter der Staatssymbole gut erfaßt. Um die Bestrafung wegen der Verunglimpfung der Symbole mit der Kommunikationsfreiheit in Einklang zu bringen, legte das BVerfG beide, das Gesetz und die Kunstwerke, verfassungskonform aus. Aber es kann nicht die Tatsache verleugnen, daß die Symbole eigentlich einen vielfältigen und analytisch schwer erkennbaren Reichtum an sinnvollen Bedeutungen enthalten. In Wirklichkeit versinnbildlichen sie nicht allein Grundwerte. Man kann die Inhalte der Symbole intellektuell nicht vollständig erklären bzw. begrenzen. Also könnte das Risiko der staatlichen Manipulation ihrer Bedeutung immer dabei sein, wie die *Stevens*-sche oberflächliche Interpretation der Flaggenverbrennung zeigt. Der Reichtum an Bedeutungen macht die Symbole einerseits zu effektiven Kommunikationsmitteln, aber andererseits kann die staat-

liche Regulierung ihrer Bedeutung deshalb eine zu große Wirkung auf die Öffentlichkeit haben.<sup>50</sup> Der Supreme Court nimmt diese Sorgen ernst und setzt auf die Interpretation der Symbole durch die Auseinandersetzung in der Öffentlichkeit. Dadurch kann er sich dem Problem der verfassungskonformen Auslegungsmethode entziehen. Im Gegensatz dazu ist die „werkgerechte“ Interpretation der Kunstwerke für das BVerfG entscheidend, die dennoch, wie ich oben erwähnte, den Mangel der Vorausberechnungsmöglichkeit hervorruft.

Der Unterschied zwischen Deutschland und den USA spiegelt auch die verschiedenen historischen Erfahrungen.<sup>51</sup> Aber im allgemeinen wundere ich mich darüber, ob dennoch die Staatssymbole als Symbole der Freiheit und Demokratie strafrechtlich zu schützen

---

(50) Vgl. *Vgl. Steven G. Gey, This Is not a Flag: The Aesthetics of Desecration*, 1990 Wisconsin L. Rev. 1549, 1589-91.

(51) Das strafrechtliche Verbot der öffentlichen Verwendung von Kennzeichen verfassungswidriger Parteien (§ 86 a StGB) kann in Deutschland gerechtfertigt werden, weil diese Symbole die Grundwerte der Bundesrepublik selbst angreifen. Da braucht man keine ausführliche Interpretation, um die Absicht der Täter zu identifizieren, deshalb ist die Gefahr der Manipulierung bei der staatlichen Feststellung ihrer Bedeutungen klein. Obwohl auch ich nach dem Nationalsozialismus diese Vorschrift vernünftig finde, könnte selbst sie vielleicht der Überprüfung des Supreme Court nicht standhalten. Vgl. *Village of Skokie v. National Socialist Party of America*, 373 N.E.2d 21 (1978); *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (1978) (Die beiden, die zwar keine Entscheidungen des Supreme Court sind, deuten aber die allgemeine Tendenz der amerikanischen Gerichte an, auf die Meinungsfreiheit größten Wert zu legen). Der Unterschied des historischen Erlebnisses kann zu unterschiedlichen rechtlichen Folgen führen.



Die Meinungs- und Kunstfreiheit und der Strafschutz der Staatssymbole (mori) sind. Der Angriff gegen die Grundordnung des Grundgesetzes selbst und der gegen ihre Symbole sind nicht gleich. Die letztere gibt der Öffentlichkeit eine Chance, den Sinn und Wert der Freiheit und Demokratie zu überdenken. Zum Schluß denke ich im allgemeinen über das angemessene Verhältnis zwischen Staat und Symbolen in der Öffentlichkeit nach.

## V. Symbolismus und Integration der Bürger im freien Staat

*Rudolf Smend* erklärte 1928, „Die gesteigerte Integrationskraft eines symbolisierten Sachgehalts beruht allerdings nicht nur darin, daß er als irrationale und individuelle Fülle mit besonderer Intensität erlebt wird, sondern auch darin, daß er in dieser Gestalt zugleich elastischer ist, als in der der extensiven, rationalen, gesetzlichen Formulierung“. Obwohl die letztere „die Spannung zwischen Einzelem und Gemeinschaft zum Bewußtsein“ bringt, kann jeder einen symbolisierten Wertgehalt „so erleben, ‚wie ich ihn verstehe‘, ohne Spannung und Widerspruch ... und zugleich erlebt er ihn als totale Fülle“. Dadurch „kann die Wertfülle des Staats als Ganzes mit intensiver und bewußter Integrationswirkung erlebt werden.“ „So hat man mit Grund gesagt, daß die Rationalisierung des politischen Denkens, die die Erfassung des politischen Gestalts als Glaubensgehalt ausschließt, damit zugleich jede politische verbindliche Gestalt in Frage stellt.“<sup>(52)</sup> *Smends* These prägt stark auch die deutschen

---

(52) *Rudolf Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), jetzt in: *ders.*, Staatsrechtliche Abhandlungen (3.Aufl., 1994), S. 119, 163-165.

Staatsrechtslehre nach dem zweiten Weltkrieg.<sup>(53)</sup>

Hinter der *Smendschen* These liegt die Voraussetzung, „In gesunden Verhältnissen vollzieht sie(die Integration) sich unbewußt“.<sup>(54)</sup> Der Staat habe das legitime Interesse an der Erhaltung solchen Unterbewußtseins. Aber ob der symbolische Appell an das Staatsgefühl der Bürger den Strafschutz verdient, ist zweifelhaft. *Peter Häberle* betont zwar, „Die Verfassungsstaat bedarf rationaler und emotionaler Konsensquellen“. „Flaggen und Nationalhymnen sind ... Beispiele der auch im Verfassungsstaat notwendigen Selbstdarstellung“. Aber *Häberle*, ein bewußt demokratischer Theoretiker, vergißt nicht, hinzufügen, daß der Symbolgehalt „vorgeschlagen, aber nicht erzwungen werden“ kann. Er erkennt an, daß der Mißbrauch der Symbole „den *Typus* Verfassungsstaat im ganzen in Gefahr bring(en)“ könne.<sup>(55)</sup>

In den freiheitlichen Demokratien ist es unvermeidlich, an der „Gesundheit“, die Smend vorzog, rütteln zu lassen. Freie Demokratie muß die gesellschaftliche Aufklärungsprozeß darum gewährleisten, wozu der Staat existieren. Die Selbstverständlichkeit seiner Existenz, die seine Symbole manchmal andeuten, kann und soll überprüft werden. Warum können wir uns überdies nicht vorstellen,

- 
- (53) Z.B. Z. B. *Eckart Klein*, in: BK-GG, Art.22 (1982), S. 36 ff.; *Herbert Krüger*, Von der Staatspflege überhaupt, in: *Helmut Quaritsch*(Hg.), Die Selbstdarstellung des Staates (1977), S. 21; *Günter Hoog*, Deutsches Flaggenrecht (1982), S. 7 ff.
- (54) *Rudolf Smend*, Integration (1966), jetzt in: *ders.*, Staatsrechtliche Abhandlungen (3.Aufl., 1994), S. 482, 485.
- (55) *Peter Häberle*, Feiertagsgarantien als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates (1987), S. 27-38.

daß die stärkere Integration vielmehr aus der freien Diskussion in der Öffentlichkeit folgen dürfte? Die Freiheit, alles zu beweifeln, kann zur stärksten Überzeugung über die Legitimation der verfassungsmäßigen Grundordnung führen.<sup>56</sup> Meiner Meinung nach ist die Gefahr des staatlichen Mißbrauchs des „Unterbewußtseinsschutzes“ mehr zu befürchten. Er könnte bewußte Meinungsäußerung zu stark unterdrücken, weil der Inhalt des Unterbewußtseins natürlich unklar ist. Natürlich weiß das BVerfG um dieses Risiko und reduziert es auf ein Minimum. Das BVerfG läßt jene Kommunikationen mit Symbolen, die ihre wahren Inhalte und Ansprüche bewußt zeigen wollen, frei laufen. Aber es wagt nicht, wie der Supreme Court, das mit Kommunikationsgrundrechten kollidierende staatliche Rechtsgut des Symbolschutzes zu verleugnen. Es scheint mir, daß hier der Unterschied der Vorstellungen darüber zwischen beiden Ländern dargestellt ist, welche Rolle der Staat in der Öffentlichkeit spielen soll, um die Integration der Gesellschaft zu erhalten.

---

(56) Vgl. *Nahmod* (Anm. 38), S. 541 f. ; *Jürgen Habermas*, Faktizität und Geltung (1992), S. 636 („Die Staatsbürgernation findet ihre Identität ... in der Praxis von Bürgern, die ihre demokratischen Teilnahme- und Kommunikationsrechte aktiv ausüben“).



Aus: *Henning Venske u.a. (Hrsg.), Laßt mich bloß  
in Frieden (1981)*